



Roj: **STSJ CAT 3344/2018 - ECLI: ES:TSJCAT:2018:3344**

Id Cendoj: **08019340012018102274**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **05/04/2018**

Nº de Recurso: **752/2018**

Nº de Resolución: **1984/2018**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MIQUEL ANGEL FALGUERA BARO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

**SALA SOCIAL**

**NIG : 17066 - 44 - 4 - 2017 - 8018851**

RM

**Recurs de Suplicació: 752/2018**

IL LM. SR. MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ BURRIEL

IL LM. SR. FÉLIX V. AZÓN VILAS

IL LM. SR. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ

Barcelona, 5 d'abril de 2018

La Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats esmentats més amunt,

**EN NOM DEL REI**

ha dictat la següent

**SENTÈNCIA NÚM. 1984/2018**

En el recurs de suplicació interposat per Azucena a la sentència del Jutjat Social 1 Figueres de data 3 d'octubre de 2017 dictada en el procediment núm. 431/2017, en el qual s'ha recorregut contra la part Hotel Vistabella Canyelles, S.L. i Ministerio Fiscal, ha actuat com a ponent Il. M. Sr. MIGUEL ANGEL FALGUERA BARÓ.

#### **ANTECEDENTS DE FET**

**PRIMER.** Va arribar al Jutjat Social esmentat una demanda sobre acomiadament en general, la qual l'actor al.lega els fets i fonaments de dret que va considerar procedents i acabava demanant que es dictés una sentència d'acord amb el que es demanava. Admesa la demanda a tràmit i celebrat el judici, es va dictar la sentència en data 3 d'octubre de 2017, que contenia la decisió següent:

"Que estimando la demanda que da origen a estas actuaciones, debo declarar y declaro improcedente el despido de la actora efectuado el día 31-7-2017 y extinguida en tal fecha la relación laboral que unía a las partes, condenando a la empresa **HOTEL VISTABELLA CANYELLES S.L** a estar y pasar por esta declaración, y a abonar a Azucena la suma de **QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE EUROS (539,00 EUR)** en concepto de indemnización.

De la indemnización indicada debe descontarse la suma de 419,57 eur ya satisfecha por la empresa."

**SEGON.** En aquesta sentència es declaren com a provats els fets següents:



" **PRIMERO.**- La actora Azucena , provista de DNI nº NUM000 , ha venido prestando servicios por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa Hotel Vistabella Canyelles SL, en virtud de contrato de trabajo fijo discontinuo, con antigüedad de 10-4-2017, teniendo reconocida la categoría profesional de masajista, nivel 7 bis, y percibiendo una retribución bruta mensual de 1.470,00 eur, con inclusión de prorrata de pagas extras, en jornada a tiempo completo, equivalente a un salario diario de 49,00 eur. (hecho conforme)

**SEGUNDO.**- El Hotel Vistabella Canyelles SL cuenta con un servicio de SPA, ofreciendo a los clientes masajes y tratamientos estéticos. El Hotel tenía dos trabajadoras adscritas a este servicio, una de ellas la actora.

**TERCERO.**- La actora causó baja médica el día 18-7-2017, iniciando en dicha fecha proceso de IT, derivada de accidente de trabajo, debido a esguince en brazo derecho por un mal gesto con alguno de los movimientos hechos durante el desarrollo de su actividad profesional. ( folio 69)

**CUARTO.**- El día 28 de julio de 2017 la empresa envió a la trabajadora, vía burofax, escrito notificándole su despido con efectos del 31-7-2017, cuyo contenido es el que seguidamente se transcribe: ( folio 50)

*"Roses, 28 de julio de 2017*

Sra:

*Lamentamos tener que informarle que la dirección de esta empresa ha decidido proceder a su despido en fecha 31/07/2017, siendo la causa del mismo la incompatibilidad de carácter con su compañera de trabajo creando conflictos a la hora de realizar el trabajo que repercuten negativamente en la atención a los clientes. Y además hemos encontrado otra persona con más cualificación para el puesto de trabajo a realizar.*

*Y a efectos de lo que establece el artículo 56.1 del RD 1/1995 , la empresa le ofrece la indemnización prevista al mismo artículo de acuerdo con el RDL 3/2012, siendo de 45/33 días por año trabajado, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año.*

*Esta indemnización que asciende a 531,62 eur está a su disposición en nuestras oficinas y se le hará efectiva en el momento de firmar la presente.*

*Y para que conste firmo la presente, para su debida comunicación al interesado ( art. 55.1 ET ).*

*Atentamente".*

**QUINTO.**- La nómina de julio 2017 asciende a 1.314,73 eur netos. La liquidación de vacaciones totaliza la suma de 400,49 eur netos ( folios 56 y 57). En fecha 7-8-2017 la empresa transfirió a la cuenta corriente de la trabajadora la suma neta total de 2.134,79 en concepto de nómina julio 2017. ( folio 58)

**SEXTO.**- La trabajadora no ostenta ni ha ostentado cargo alguno de representación del personal en la empresa. (incontrovertido)

**SÉPTIMO.**- El día 29 de agosto de 2017 tuvo entrada en el CMAC papeleta de conciliación. El día 15-9-2017 se intentó sin efecto acto de conciliación por incomparecencia de la empresa, no constando en el expediente el justificante de recepción de la citación dirigida a la empresa. (folio 27)"

**TERCER.** Contra aquesta sentència la part actora, Azucena , va interposar un recurs de suplicació, que va formalitzar dins del termini. Es va donar trasllat a la part contrària la qual el va impugnar, Hotel Vistabella Canyelles S.L. Es van elevar les actuacions a aquest Tribunal i es va formar aquest rotlle.

## FONAMENTS DE DRET

**PRIMER.** Per la via de la lletra a) de l'article 193 LRJS , denuncia la part actora la infracció d'allò previst a l' art. 177.3 LRJS , atès -es diu- que per bé que la demanda denunciava la vulneració de drets fonamentals en el seu acomiadament, el Ministeri Fiscal no acudí a la vista.

El motiu està condemnat al fracàs. En efecte, hem d'observar que consta a les actuacions que el Ministeri Fiscal fou citat (foli 16), per la qual cosa el jutjat del social complí amb les seves obligacions al respecte. Certament no comparegué a judici. Ara bé, això no comporta ipso iure la nul litat del procés. Per a que així fan falta dos elements addicionals: en primer lloc, que concorri indefensió; en segon, que hagi existit protesta formal en la vista del judici. Així s'indica a la STS UD 2.06.2001 -Rec. 1886/2000 -. Doncs bé, en el present cas la parquedat del recurs a aquest respecte no justifica els motius en els que la dita absència li produí indefensió; al què caldrà afegir que tampoc consta cap oposició i protesta en el moment del judici.

D'aquí que com prèviament anunciàvem, el motiu hagi de ser desestimat.



**SEGON.** Per la via de la lletra b) de l'article 193 LRJS se'ns sol licita l'addició d'un nou fet provat vuitè, en relació als documents que es citen, amb la següent proposta de redacció:

*" En relación a la falta de cualificación alegada por la empresa. En base a la prueba documental aportada por la actora en el acto de juicio deben considerarse los dos certificados académicos y universitarios que certifican la aptitud profesional de la Sra. Azucena . Se aporta un certificado de especialidad en Estética Cosmética de la Academia de Grénoble tal y como consta en los folios número 82 a 86, y un segundo certificado de la Escuela Peyrefitte Esthetique ITCC Aix Les Bains en relación a la formación de "Capacité soins corps" tal y como consta en los folios 87 a 89.*

*En relación a la repercusión negativa con los clientes. Como segunda prueba documental aportada por la actora en el acto de juicio debe considerarse una carta de agradecimiento de una dienta del hotel, la Sra. Marisol , dirigida a la Sra. Azucena , folio número 90. La Sra. Azucena también aporta una conversación vía whatsapp de otra dienta, la Sra. Serafina , donde se aprecia una relación afectuosa con la parte actora, folios número 126 i 127.*

*En relación a la incompatibilidad de carácter con su compañera. Como tercera prueba documental aportada por la actora en el acto de juicio deben considerarse los mensajes vía whatsapp con su compañera de trabajo, la Sra. María Inmaculada , aportados por la Sra. Azucena , desde el día 10/04/2017 y hasta el día 25/07/2017, folios 108 a 125, donde se acredita que los motivos alegados por la empresa de incompatibilidad de carácter entre ambas tampoco es cierto "*

És també evident que aquest motiu no pot prosperar. En efecte, caldrà recordar que en el procés social regeix el principi d'instància única, la qual cosa comporta, entre d'altres efectes, que la valoració de la prova és competència exclusiva i exclouent del primer grau jurisdiccional. I, d'altra banda, escau tenir present que la suplicació és un recurs extraordinari, el què determina que les competències respecte el contingut fàctic de les sentències estiguin limitades a allò disposat als arts. 193 b ) i 196.3 LRJS . En conseqüència, les nostres atribucions legals estan limitades a valorar si un determinat document o perícia que constitueixin prova versemblant plena ha estat valorat en forma errònia o si el contingut d'altres documents o perícies han estat omesos, sempre que tinguin rellevància als efectes de la part dispositiva. En el present cas l'actora no segueix aquesta lògica, sinó que pretén incloure simples valoracions de prova de part - demanant-nos, per tant, que ens constituïm en òrgan jurisdiccional del primer grau- que, a més, pels motius que després direm resultant del tot irrelevants als efectes de la nostra anàlisi del fons de l'assumpte.

**TERCER.** En els dos motius següents denuncia la part actora, per la via de la lletra c) de l'art. 193 LRJS , la infracció d'allò previst als articles 55.3 , 55.5 i 56 ET , el RD 3/2012 i els articles 35 i 38 CE , d'una banda, i dels articles 14, en relació al 15 i 10 CE , respecte els articles 4 2 c ) i 17.1 ET . En ambdós motius s'insisteix, sense una diferenciació massa clara, en el fet que no existia causa d'acomiadament, que l'empresa acudí a una lògica normativa -com el conegut "acomiadament exprés"- sense recer normatiu a l'actualitat, que es vulnerà -en els termes expressats per la doctrina constitucional- el dret al treball i que l'autèntica causa de l'acomiadament rau en la malaltia de la demandant.

De fet, la lògica del recurs no fa altra cosa (reiterem que des d'una perspectiva confusa) que considerar que l'acomiadament, des d'una perspectiva de legalitat, incorre en frau de llei i, des d'una perspectiva de constitucionalitat, és discriminatori. Abordarem ambdós extrems en forma diferenciada en els proper raonaments jurídics.

En tot cas, volem indicar en aquest punt -sense perjudici de les reflexions que farem tot seguit- que, certament, el nostre model d'acomiadament pot ser qualificat com altament deficitari. En efecte, hem de recordar que l'art. 4 del Conveni 158 OIT ve a la pràctica a interdir l'extinció contractual per desistiment empresarial, atès que reclama l'existència de causalitat. I que l'art. 6 de la mateixa norma internacional proclama que en cap cas una persona assalariada pot ser acomiadada per raó de la seva inassistència al treball per motius de malaltia.

Per bé que el dit conveni OIT ha estat subscrit per l'estat espanyol, el fet cert és que els seus mandats han estat matisats -en una lògica molt criticada per alguns sectors doctrinals i judicials- per la doctrina cassacional, com tot seguit tindrem ocasió d'analitzar.

**QUART.** Pel que fa a la possible existència d'un frau de llei, hem d'observar que la sala comparteix bona part de les reflexions que es fan al recurs. En efecte, la missiva extintiva es basa en un motiu no observat a la nostra ordenació (la incompatibilitat amb una altra companya de treball) i reconeix, a més, motiu propi, la improcedència, una pràctica aliena a l'actual marc legal, després de l'entrada en vigor del RDL 3/2012.

Tanmateix hem de recordar que històricament en la nostra pràctica judicial els acomiadaments en frau de llei havien estat sancionats judicialment com nuls, acudint a allò disposat a l' art. 6.3 CC , com és de veure en la SSTS 06.03.1986 ). No obstant, després de l'entrada en vigor de la LPL 1990 i la reforma laboral de 1994 la



doctrina del TS fou modificada, en considerar que la nul litat restava únicament limitada a la infracció de drets fonamentals (entre moltes d'altres: SSTS UD 23.05.1996, Rec. 2369/1996 i 30.12.1997, Rec. 1649/1997). Això comportà que, a la pràctica i per bé que en el nostre model no era possible el desistiment empresarial, el judici de causalitat dels òrgans judicials restés limitat estrictament al terreny merament formal, i no substantiu.

Podem observar com, d'alguna forma, l'actual ordenació conforma un model que hom pot ser qualificat d'hipòcrita: per bé que l'empresari no pot desistir formalment del contracte de treball, la mera invocació d'un motiu manifestament incert o fins i tot que no contemplat a la llei no determina la nul litat, sinó la improcedència, la qual cosa comporta equiparar en forma absurda la improcedència per incompliment de requisits formals amb un acomiadament il·lícit.

Aquesta hipocresia es veié fins i tot reforçada pel legislador quan vingué a reconèixer la figura del denominat "acomiadament exprés", la qual cosa comportà que l'empresari substituís als jutges i tribunals, declarant motu propi la improcedència de l'acomiadament i fixant la indemnització. Certament aquesta possibilitat desaparegué de la nostra ordenació a partir del RDL 3/2012. Ara bé, tot i així, la doctrina cassacional ha vingut observant en dates molt recents com el manteniment d'aquesta pràctica, no existint marc legal de recer, no comporta la qualificació de nul litat, sinó la d'improcedència, com és de veure en la recent STS UD 20.11.2017, en la què s'afirma -en relació als antecedents cassacionals- que " *en el supuesto de que se apreciase fraude de ley, por haber alegado el empresario para el despido causa distinta de la causa real, ello no conduciría a declarar la nulidad del despido sino su improcedencia* ". En conseqüència, encara que la sala discrepés d'aquesta lògica hermenèutica és del tot evident que cap sentit tindria una declaració contrària a la dita doctrina cassacional.

D'altra banda, pel que fa a l'acomiadament de les persones per raó de malaltia escau recordar que és aquest un aspecte de llarga evolució en la doctrina judicial i, fins i tot comunitària. En efecte també aquí el TS ha vingut fent una interpretació restrictiva (en relació a l' art. 6 del Conveni 158 OIT) en entendre que: a) la malaltia no està contemplada expressament con supòsit de discriminació a l' art. 14 CE i a l' art. 17 CE ; i b) que la declaració d'improcedència -i no, de nul litat- està fonamentada, a banda del marc legal, en la lluita contra l'absentisme i els cost que per a les empreses tenen les situacions d'incapacitat temporal de les persones assalariades. És aquesta una hermenèutica apreciable en la STS UD 29/01/2001, Rec. 1566/2000, i posteriorment, entre d'altres, en les SSTS UD 23/05/2005, Rec.2639/2004, 12/07/2004, Rec. 4646/2002, 23/09/2003, Rec. 449/2002, etc. De fet, únicament trobarem com pronunciament diferent la STS UD 31/01/2011, Rec. 1532/2010, en la què s'arriba a la conclusió que l'advertència efectuada per un empresari a un treballador en el sentit que si tornava a incórrer en una baixa seria acomiadat era contrària al dret a la integritat física o psíquica de l' art. 15 CE. La dita lògica hermenèutica ha estat validada per la STC 62/2008.

D'altra banda, és cert que en aquesta matèria pot concórrer una possible incidència de la no discriminació per raó de discapacitat, al menys des de la perspectiva de la doctrina del TJUE. Cal observar que per bé que tampoc la discapacitat estava contemplada com causa de discriminació, després de l'entrada en vigor de la Directiva 2000/78, sí fou integrada en la nostra ordenació a partir de les Lleis 51/2013 i 63/2003. En aquesta tessitura es produí un debat relatiu a si la "malaltia" era comparable amb la "discapacitat", la qual fou negada pel TS ( STS UD 11/12/2007, Rec. 4355/2006 ) i també, inicialment, pel TJUE (sentència 11.07.2016, assumpte C-13/05, Chacón Navas). Ara bé, amb posterioritat la UE subscriuí la Convenció de l'ONU de protecció de les persones discapacitades, la qual cosa comportà que a partir de la STJUE 11.04.2013 (assumptes acumulats C-335/11 i 337/11, Ring, s'arribés a la conclusió que una malaltia de llarga durada era equiparable a una discapacitat -amb la conseqüent extensió de les tuteles antidiscriminatòries-. Aquest criteri ha estat desenvolupat per la posterior STJUE 01.12.2016, assumpte C-395/15, **Daouidi**, en la què s'arriba a la conclusió que l'acomiadament d'una persona malaltia pot ser discriminatori en dos supòsits: a) si la baixa de la persona afectada s'ha perllongat al llarg d'un temps significatiu que comporti l'equiparació entre malaltia i discapacitat; i b), quan la patologia de base, en relació als coneixements de la ciència mèdica posin ja en evidència des del principi que existirà una malaltia de llarga durada. I tot això prenent com a moment de l'enjudiciament el de l'acte empresarial presumptament discriminatori.

Doncs bé, en el present cas és del tot evident que entre l'acomiadament de l'actora es produeix poques setmanes després de l'accident de treball i que la malaltia causant (esquinç al braç) no pot ser qualificat, ab initio, com una malaltia de llarga durada.

En definitiva, és cert que ens trobem davant un acomiadament que pot ser qualificat com anta jurídic, tant per la seva formalització (emparant-se en una lògica d'autotutela empresarial inexistent a la nostra ordenació actual), com per la seva finalitat (fer fora a una persona per causa d'una baixa), com per la seva motivació (una causa com la incompatibilitat personal, encara que no sigui certa, amb una companya de feina). Ara bé, en el nostre marc legal vigent el possible frau de llei no comporta la declaració de nul litat, sinó la d'improcedència. Al que caldrà afegir que, en relació a la doctrina cassacional, la malaltia no és causa de discriminació i la vulneració



de l' art. 14 CE només es apreciable respecte la discapacitat quan es compleixen els requisits observat per la doctrina del TJUE, que aquí no concorren.

D'aquí que ambdós motius hagin de ser desestimats i, amb ells, el recurs en la seva integritat.

Atesos els preceptes legals citats, els concordants amb els mateixos i les demés disposicions de general i pertinent aplicació

## DECIDIM

Que hem de desestimar i desestimem el recurs de suplicació interposat per Azucena contra la sentència dictada pel jutjat del social número 1 dels de Figueres en data 3 d'octubre de 2017 , recaiguda en les actuacions 431/2017, en virtut de demanda deduïda per la dita part actora contra HOTEL VISTABELLA CANYELLES, S.L. en reclamació per acomiadament i, en conseqüència, hem de confirmar i confirmem íntegrament la dita resolució.

Notifiqueu aquesta resolució a les parts i a la Fiscalia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i expediu-ne un testimoniatge que quedarà unit al rotlle. Incorporeu l'original al llibre de sentències corresponent.

Un cop sigui ferma la sentència caldrà remetre al Jutjat d'instància les seves actuacions ja que és l'òrgan judicial competent per executar-la.

Aquesta resolució no és ferma i es pot interposar en contra recurs de cassació per a la unificació de doctrina, davant la Sala Social del Tribunal Suprem. El dit recurs s'haurà de preparar mitjançant escrit amb signatura d'Advocat i adreçat a aquesta Sala, on s'haurà de presentar en el termini dels deu dies següents a la notificació, amb els requisits establerts a l' Art.221 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social .

Així mateix, de conformitat amb allò disposat l'article 229 del text processal laboral, tothom que no ostenti la condició de treballador o drethavent o beneficiari del règim públic de la Seguretat Social, o no gaudeixi dels beneficis de justícia gratuïta legalment o administrativa reconeguts, o no es trobi exclòs pel que disposa l' article 229.4 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social , consignarà com a dipòsit al moment de preparar el recurs de cassació per unificació de doctrina la quantitat de 600 euros en el compte de consignacions que la Sala té obert en el BANC SANTANDER, nº 0965 0000 66, afegint a continuació sis dígit. Els quatre primers són els corresponents al número de rotlle de suplicació i els altres dos els dos últims números de l'any del rotlle esmentat. Per tant, el compte consta de setze dígit.

La consignació de l'import de la condemna, d'acord amb el que disposa l' art. 230 de la Llei Reguladora de la Jurisdicció Social , quan així procedeixi, cal acreditar-la al temps de preparar el recurs en aquesta Secretaria i s'efectuarà en el compte de la Sala, amb el núm. 0965 0000 80, afegint a continuació sis dígit. Els quatre primers són els corresponents al número de rotlle de suplicació i els altres dos els dos últims números de l'any del rotlle esmentat. Per tant, el compte consta de setze dígit.

També és possible substituir la consignació en metàl·lic per l'assegurament de la condemna mitjançant un aval bancari emès per una entitat de crèdit. El document haurà de ser de duració indefinida i a pagar a primer requeriment.

Si el dipòsit o la consignació no és fan de forma presencial sinó mitjançant transferència bancària o per procediments telemàtics, a les dites operacions hauran de constar les següents dades:

El compte bancari al que es remetrà la quantitat és IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. A la dada de "ordenant" caldrà indicar el nom de la persona física o jurídica que fa l'ingrés i el seu NIF o CIF. Com a "beneficiari" ha de constar la Sala Social del TSJ de Catalunya. Finalment, a "observacions o concepte de la transferència" cal introduir els 16 dígit que consten en els paràgrafs precedents respecte al dipòsit i la consignació fets de forma presencial.

Així ho pronunciem, ho manem i ho signem.

**PUBLICACIÓ.** Avui, el Magistrat ponent ha llegit i publicat la sentència. En dono fe.